

HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

*HISTORICITY OF HUMAN
AND FUNDAMENTAL
RIGHTS*

Ruth M. Chittó Gauer¹

Resumo

O trabalho visa analisar criticamente a trajetória de historicidade dos direitos humanos e fundamentais, em especial a contribuição da modernidade para a sua afirmação. Aí se situa a construção da concepção do indivíduo, que são os destinatários dos direitos inatos que consubstanciam os direitos humanos, os quais se vincularão ao referido indivíduo.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Historicidade. Indivíduo. Direitos Inatos.

Abstract

The work aims to critically analyze the historical trajectory of fundamental and human rights and in particular the contribution of modernity to his statement. Here lies the construction of the conception of the individual, which are recipients of the birth rights that embody human rights, which are binding on the said subject

Keywords: Human rights. Historicity. Individual. Birth rights.

1. INTRODUÇÃO: O CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos tiveram seu ápice no final do século XVIII, foram um produto da modernidade vinculado ao idealismo e ao progresso. No século XX houve um período que o seu retorno teve uma ênfase especial, isso ocorreu durante o período das Guerras e, principalmente após a Segunda Guerra com fundação da Liga dos direitos humanos. Atualmente estão instalados e reconhecidos tanto que é este um dos temas mais publicados no Ocidente, superando, em alguns períodos, os escritos sobre Freud, Marx, Durkheim, e de temas como o do feminismo, entre outros. Não por acaso a história dos direitos humanos caminhou em simultâneo à história das democracias no Ocidente.

No final do XVIII as declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão marca-

¹ Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

ram o processo de transformação que resultou na Revolução Francesa. O *Bill of Rights* da Virgínia, marcou a posição Norte Americana acerca dos Direitos Humanos, ambos os movimentos explicitaram uma grande revolução léxica e, sobretudo, semântica. Os eventos citados são um bom exemplo para analisar as diferentes expressões que inovaram o vocabulário utilizado durante este período marcado pelos processos revolucionários e de independência.

Antes mesmo da declaração da Virgínia de 1776, outros estados americanos haviam reconhecido os direitos humanos pelo pacto estabelecido pelos famosos Peregrinos do Mayflower em 1620. Outros ainda foram mais longe em 1647, ao acentuarem os direitos do homem como homem, e, sobretudo, o direito à liberdade religiosa. Esse direito foi introduzido desde cedo em várias colônias americanas: o exemplo mais conhecido foi o da Carolina do Norte por ter adotado uma Constituição democrática que foi redigida por Locke. A liberdade de consciência foi o direito es-

sencial, o núcleo em redor do qual os direitos do homem iriam constituir-se mediante a integração de outras liberdades e outros direitos. A liberdade religiosa, nascida da reforma e das lutas subsequentes, foi o grande agente da transformação das especulações do direito natural em uma realidade política.

O matemático e filósofo Condorcet, entretanto, destacou que a Declaração de 1789 era inferior à Constituição francesa, pois ao passo que essa reconhecia a igualdade de direitos como seu único e supremo princípio, naquela a igualdade é invocada (no artigo 1º) contra as “distinções sociais” hereditárias, mas não figura na lista dos direitos substantivos (no art. 2º), que eram a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Em todas as Declarações subsequentes, a igualdade toma lugar ao lado da liberdade entre aqueles direitos.

Tanto a Revolução Francesa como o *Bill of Rights* da Virgínia são exemplos do triunfo do constitucionalismo iniciado em 1776 com a matriz

americana, seguida da Constituição francesa de 1791, esses eventos espalharam-se rapidamente pela Europa chegando ainda nos finais do século XVIII a América. Se, por um lado as bases dos direitos humanos se encontram na idéia de igualdade, o direito natural se fundamentou na propriedade de cada um sobre si mesmo, cada um é proprietário de seu corpo. Cada indivíduo molda a sua vida. Nenhum direito básico pode ser violado em favor do maior bem-estar de todos. O postulado da igualdade, expressão de uma conquista social, foi defendido por muitos filósofos John Stuart Mill atribuiu a Bentham o imperativo: “cada um conta por um, ninguém conta por mais de um”. Esta máxima esta fundamentada na crença de que uma pessoa e tão importante como qualquer outra.

A nova linguagem unificou o pensamento político ocidental entorno das ideias ligadas ao liberalismo, aos direitos humanos, políticos e civis, a democracia, expressos pelos movimentos constitucionais ocorridos desde o século XVIII na Europa e

emancipatórios na América de língua inglesa assim como de língua espanhola e portuguesa no século XIX. Na nova linguagem os direitos humanos de inspiração jusnaturalista e humanista eram vistos como direitos inatos e tidos como verdades evidentes. A positividade que se iniciou no século XVIII, aparece nas constituições, eles almejavam, segundo preceitos teóricos, uma dimensão permanente e segura.

Esses movimentos, com suas especificidades locais se constituíram na estrutura universalista do pensamento liberal de matriz iluminista. Não por acaso Tocqueville adepto da democracia, ficou profundamente impressionado pelo infeliz desenvolvimento da democracia na França, foi à América do Norte para estudar comparativamente as condições que permitiram aos Estados Unidos democráticos conhecer a paz. Tocqueville foi quem, em nosso entender, melhor percebeu naquele período o movimento de todos os segmentos sociais livres no processo de desenvolvimento da igualdade de condições quando refere: "(...) Este fe-

nômeno não é exclusivamente francês. A qualquer parte em que dirijamos nossa observação veremos a mesma revolução que avança em todo o universo cristão” (TOCQUEVILLE, 1987, p.37). É evidente que Tocqueville estava em busca de uma democracia perfeita, no entanto o modelo americano deixava visível a diferença entre a Revolução Francesa e o processo de independência dos Estados Unidos.

2. A CONTRIBUIÇÃO DA MODERNIDADE E O TRÂNSITO PARA A CONTEMPORANEIDADE

Uma das promessas normativas das primeiras democracias modernas foi a de que os cidadãos teriam respeitados os seus direitos, o que pressupõe a presença de uma comunidade politicamente organizada e normatizada institucionalmente pelo Estado. A idéia de cidadania esta ligada ao pertencimento de uma entidade política territorial, tal compreensão remonta à cidade-estado grega, onde, após o

século VI a. C., os cidadãos tinham o direito e o dever de participar da vida política. Na Grécia clássica o termo cidadão designava os direitos relativos aos cidadãos que viviam nas cidades. Os exemplos servem para pensar sobre como a referência grega em certa medida permitiu elevar os valores de um sistema social o qual influenciou a democracia na Grécia de forma a se perpetuar enquanto referência, um primeiro modelo.

Na modernidade a invenção do sujeito moderno com base na igualdade assim como os direitos individuais, as garantias constitucionais, passaram a ser incluídos no conceito de cidadania além de ser vinculado ao de nacionalidade. A questão da cidadania reforçou o postulado do indivíduo como sujeito de direitos². A

²*Individua* do latim, o que não se divide. Modernamente *átomo* indivisível. Para Simmel individualidade é a afirmação singular de atributos idiossincráticos e, conseqüentemente, só pode ser pensado por sua marca diferencial. (SOUZA, 1988). Para Dumont foi com o calvinismo que o indivíduo entrou definitivamente no mundo, e o valor indivi-

invenção do indivíduo moderno personifica a liberdade, objeto da abdição coletiva promovida pelo pacto social. A renúncia comum à liberdade natural constitui o próprio movimento coletivo que o realiza.

A “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, marca o triunfo do Indivíduo, trazendo para o plano da lei positiva os preceitos e ficções do direito natural. A liberdade de consciência foi o direito essencial a partir do qual o direito do homem iria constituir-se, sendo que a liberdade religiosa, nascida da Reforma Religiosa e das lutas subsequentes, foi o agente transformador das especulações de direito natural em uma dada realidade política. Embora a declaração Americana tenha precedido a francesa foi na França que se adotou como fundamento da constituição, imposta a um monarca e proposta como exemplo para a Europa e o mundo liberal. Foi criticada por Bentham, mesmo

assim exerceu uma ação poderosa, na verdade irresistível durante todo o século XIX e se estendeu durante o século XX. Ao abordar o tema do individualismo, Dumont busca sua origem nos primórdios do cristianismo, partindo da ideia de que algo do individualismo moderno estava presente nos primeiros cristãos e no mundo que os cercava, embora de forma radicalmente diversa daquela conhecida na modernidade. Em uma concepção teocêntrica o indivíduo foi concebido vivendo fora-do-mundo, Na modernidade a concepção antropocêntrica vê o indivíduo-no-mundo. Segundo Dumont quando falamos de indivíduo, designamos duas coisas ao mesmo tempo: um objeto fora de nós e um valor. A comparação obriga-nos a distinguir analiticamente esses dois aspectos: de um lado, o sujeito *empírico* que fala, pensa e quer, ou seja, a amostra individual da espécie humana, tal qual a encontramos em todas as sociedades; do outro, o *ser moral* independente, autônomo e, por conseguinte, essencialmente não social portador dos nossos

dualista passou a reinar sem restrições nem limitações. (DUMONT, 1985, p.35)

valores supremos, e que se encontra em primeiro lugar em nossa ideologia (cultura) moderna do homem e da sociedade. (DUMONT, 1985, p.35)

Desvendar a origem do individualismo implica em descobrir a partir de que momento, no tipo geral das sociedades holísticas, o indivíduo passou a constituir o valor supremo. Nessa busca, o autor faz uma comparação com a Índia, onde há dois tipos de indivíduo: aquele que vive numa interdependência estreita com a sociedade, e o renunciante a esse modelo, a quem é permitida a plena independência e que é responsável por todas as inovações religiosas que a Índia conheceu (DUMONT, 1985, p.35). O pensamento do renunciante, que se basta a si mesmo, é semelhante ao do indivíduo moderno, mas com a diferença de que este vive no mundo social, e aquele vive fora dele. Para Dumont o renunciante indiano é um “indivíduo-fora-do-mundo”, comparativamente a nós, “indivíduos-no-mundo”, indivíduos mundanos (DUMONT, 1985, p.38). Ao apa-

recer, em oposição à sociedade holista, tradicional, o individualismo surgirá como uma espécie de indivíduo-fora-do-mundo, suplementando-a, pois o caminho da libertação pressupõe o abandono do mundo social, de cujo distanciamento é condição para o desenvolvimento espiritual individual. O homem teocêntrico, que se caracteriza como um *indivíduo-em-relação-com-Deus* é essencialmente um indivíduo-fora-do-mundo. O indivíduo como valor era alguém situado no exterior da organização social e política estava fora e acima dela. Esse é o individualismo oferecido pelo cristianismo no mundo helenístico. No processo de transição para o individualismo moderno, que acontece nas relações entre a Igreja e o Estado, o indivíduo-fora-do-mundo subordina o holismo tradicional e torna-se indivíduo-no-mundo. A dominação da Igreja era fundamentada no poder espiritual em detrimento do poder temporal.

Em um primeiro momento, o estoicismo, laço ideológico do helenismo, contribui para uma adaptação do indiví-

duo ao mundo. Os estoicos de Roma voltaram ao mundo e exerceram importantes cargos, mas mantiveram o divórcio original: *o indivíduo que se basta a si mesmo continua sendo o princípio, mesmo quando age no mundo*. Os estoicos influenciaram o pensamento helenístico e as monarquias tentando fazer dos reis também sábios, mas sua volta ao mundo foi apenas uma adaptação secundária, pois no fundo ainda se definiam como indivíduos estranhos ao mundo. Segundo Dumont, Platão e Aristóteles, depois de Sócrates, souberam reconhecer que o homem é essencialmente um ser social. O que seus sucessores helenísticos fizeram foi, no fundo, postular como ideal superior o do sábio desprendido da vida social. A vida no mundo e os mandamentos sociais passaram a se articular com a verdade e os valores absolutos através da ética e da moralidade subjetiva (DUMONT, 1985, p.41).

Após, o pensamento político ocidental em torno das idéias ligadas ao liberalismo, aos direitos políticos e civis, a democracia, expressos pelos movimentos constitucionalis-

tas com base nos ditos direitos humanos, foram vistos como direitos inatos e tidos como verdades evidentes estruturada na idéia de igualdade e liberdade, encerradas na própria Declaração de Direitos Humanos do Homem e do Cidadão.

Na opinião de Dumont “não bastaria ver na Declaração o coroamento das doutrinas modernas do direito natural porque, o ponto essencial é o transporte dos preceitos e ficções do direito natural para o plano da lei positiva: a Declaração foi concebida como a base solene de uma Constituição escrita, ela mesma julgada e sentida como necessária do ponto de vista da racionalidade artificial. Tratava-se de fundar exclusivamente na base do consenso dos cidadãos um novo Estado e de colocá-lo fora do alcance da própria autoridade política” (DUMONT, 1985, p.110). A declaração proclamava os princípios solenes que a constituição deveria programar e implementar. Ao mesmo tempo, ia-se buscar conscientemente à América a fonte de inspiração. Assim, um relatório endereça-

do à Assembleia de 27 de julho de 1789 aprovou “essa nobre ideia, nascida em outro hemisfério”, e o fato está amplamente documentado, mais do que à Declaração de Independência de 1776, é necessário nos remetermos, como fonte particular, aos *Bills of Rights* adotados em alguns estados americanos, sobretudo na Virgínia, de 1776, conhecido na França antes de 1789. Como compatibilizar o apregoado ao liberalismo que é liberal na economia, mas não na política e no jurídico? (FERRAJOLI, 2000, p.83).

Registre-se que Kant considerou o século XVIII uma época crítica, onde o construtivo desta crítica era sempre o mais importante para se chegar ao Iluminismo. O autor definiu muito bem a ambição da emancipação do homem que viveu na época do iluminismo. Para isto considerava-se um iluminado, vivente em uma época iluminada onde era permitido fazer uso público da razão “(...) até então severamente restringido pela autoridade e pelo dogma” (KANT, 1988, p.11). Kant, teve como objetivo antes de mais uma pedagogia da

razão crítica nas categorias éticas. Considerou *o iluminismo como a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio era culpado* (TOUCHARD, 1959, p.59). Baumer argumenta analisando Diderot, E. Troeltsch, Hume, Becker, entre outros, que existem diferentes facetas caracterizando o Iluminismo. A maneira como Diderot percebeu a época das luzes foi como um tempo onde a filosofia faria uma “revolução” nos espíritos, já que, os homens buscavam e empregavam leis da razão na “natureza” (BAUMER, 1999, p.183).

Dentro deste controle está a Felicidade (obsessão da época, principalmente até a metade do século) e que vai contra o ultramundanismo cristão. Podemos considerar o Iluminismo como a passagem do sobre naturalístico mítico autoritário para o naturalístico científico individualista, que tendo peculiaridades em cada país, deu um grande impulso no pensamento do século, já que, era complexo, crivado de dúvidas e divisões internas. O individualismo floresceu entre os liberais ingleses. Rejeitando como abstrações todos os

ideais. O homem individual devia deixar de alienar a si próprio, e tomar seu lugar na realidade única, o seu próprio e único ego, libertando-se de toda a autoridade, incluindo a sociedade. Esse modo de socialização inédito embasa o ideal moderno de subordinação do indivíduo as regras racionais, impessoais e coletivas criando condições para que o mesmo se tornasse inseparável de uma sociedade que se ergueu sobre o indivíduo livre como valor e um fim em si mesmo (LIPOVETSKY, 2002, p.7). De acordo com Bentham, somente o indivíduo era real, sendo o estado “um corpo fictício”. “Então qual é o interesse da comunidade? A conclusão era de que a soma dos interesses dos vários membros que a compõem”. A interpretação de Foucault sobre Bentham com relação ao Panóptico é que o mesmo pode ser descrito como uma máquina, afirma o autor: “O Panóptico é um máquina maravilhosa que, a partir dos desejos mais diversos, fabrica efeitos homogêneos de poder”. É comprovada a multiplicação das instituições de disciplina, com sua

rede que começa a cobrir uma superfície cada vez mais ampla, e principalmente a ocupar um lugar cada vez menos marginal. Foucault aponta que nos poucos anos depois de Bentham, Julius redigia a certidão de nascimento dessa sociedade, diz Foucault. “O autor faz uma abordagem mostrando que o século XVII inventou técnicas da disciplina e o exame, um pouco sem dúvida como a Idade Média inventou o inquérito judiciário. Mas por vias totalmente diversas”. (FOUCAULT, 2004, p.180).

Bentham deixou lugar para alterações por parte dos legisladores, para obter uma “identidade artificial” de interesses individuais. Todavia, este aspecto foi anulado durante o reinado da “filosofia de Manchester”, que resultou a “identidade natural” de interesses de Adam Smith e, o total *laissez-faire*. Muitos franceses tomaram partido do Estado contra a igreja e tentaram forjar “a sociedade laica”. O Estado, só é real quando assume uma existência concreta, individual e histórica. Contudo, ele tinha também uma metafísica da política. O Esta-

do é a “força Espiritual”, em um sentido que se precede e absorve o individual e tem uma grande finalidade moral e civilizadora. (POLANY, 1964, p.137)

Esta revolução do pensamento levou a um novo mundo introduzido pela Revolução Francesa e Industrial. Nos séculos XVIII e XIX a história foi escrita como se a Europa fosse o centro do mundo conhecido, onde as idéias novas e criativas se originavam. Tal é a “explicação global” do retorno geral que se discerne, do otimismo para o pessimismo, do racionalismo para o positivismo, da democracia abstrata para a investigação da “organização”, da acentuação política para a ênfase econômica e social, do ateísmo ou de um vago teísmo para a busca de uma religião real, da razão para o sentimento, enfim, da independência para a comunhão. Hegel, Comte e Tocqueville assumiram a tarefa, na filosofia do direito, de redimir os ideais da Revolução da condenação que a história pronunciava contra eles, ou de construir uma teoria política e social que os re-

tomasse sob uma forma viável. Hegel critica a ideia puramente negativa e destrutiva da liberdade nos revolucionários franceses: *a lei não é somente dada em oposição à liberdade do indivíduo; ela também é racional, como a mais profunda expressão da liberdade do homem.* (DUMONT, 1985, p.115).

3. APRECIÇÃO FINAL

Os modernos opuseram ao Estado a figura dos “direitos humanos”, tirado da filosofia da Escola de Direito Natural, cujo desaparecimento muitos teóricos do século XIX erradamente anunciaram. Paralelo à produção dos Códigos dos grandes Estados modernos, depois à proliferação de textos cada vez mais técnicos, nasceu outra espécie de literatura jurídica: a *Declaração Universal das Nações Unidas de 1948*, à qual deu seguimento a *Convenção Européia dos Direitos Humanos de 1950* e uma série de preâmbulos constitucionais ou tratados a ela referentes. Elas foram uma arma defensiva, em 1789, contra o absolutismo da monarquia capetiana

(não é seguro que ela merecesse esse qualificativo); ou, em 1948, contra o fantasma de Hitler: contra todas as ditaduras de todos os tipos. Geralmente um remédio para a desumanidade de um direito que rompeu suas amarras com a justiça.

Nos 64 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), e dos 44 anos da Conferência Mundial dos Direitos Humanos em Viena, 14 de (OIT 1998) podemos afirmar que esses direitos continuam a ser reivindicados por um enorme conjunto de indivíduos cujos direitos ainda não foram conquistados. Superar as barreiras entre o consenso discursivo em torno dos direitos humanos e fundamentais e das práticas de diversos atores sociais apresenta-se como algo bastante difícil. Mais difícil ainda é a transformação destes direitos em práticas sociais e governamentais.

Ao longo da segunda metade do século passado vimos acontecer inúmeros eventos que visavam debater a questão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Optou-

se por criar várias dimensões para os direitos humanos e fundamentais:

1ª – dimensão da igualdade formal perante a lei, garantias do cidadão perante a força do estado;

2ª – englobam os direitos sociais busca inserir o cidadão no contexto social;

3ª – direitos transindividuais, difusos ou coletivos como, por exemplo: proteção ao consumidor, ao meio ambiente, importantes para a coletividade como a repressão ao abuso econômico.

A Constituição Federal de 1988, inspirada na mudança da realidade brasileira, previu a integração das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos à legislação interna (artigo 5º, §2º). Não só a reiteração dos deveres constitucionalmente assegurados, mas a geração de nossos direitos civis e políticos, e, sobretudo econômicos, sociais e culturais.

Na segunda metade do século XX as democracias se apresentaram como o triunfo histórico de engajamento das Constituições aos direitos humanos. Neles as políticas de

tolerância tornaram-se uma das bases que conduziram as políticas públicas. Há autores como Michel Villey que afirmam ser os direitos humanos um ideal (VILLEY, 2007, pp. 5-6).

Neste panorama, extraímos as seguintes reflexões:

Primeiro: devemos ter presente que nenhum direito dado por uma declaração ou constituição garante a sua eficácia e que a tentativa de universalizar mostrou-se a mais de dois séculos ineficaz.

Segundo: os direitos humanos só podem se compreendidos no pensamento idealizado como um ideal a ser buscado;

Terceiro: os direitos humanos são etnocêntricos, a sua universalização é uma violência, pois partem da igualdade jurídica não reconhecendo as diferenças culturais e históricas.

Quarto: Os direitos humanos não chegaram aos Condenados da Terra (populações pobres do Brasil, da América, da África e da Europa). Esses condenados habitam territórios denominados de favelas, subúrbios, babados

das cidades, dentre outros, para além de regiões desabitadas.

REFERÊNCIAS

BAUMER, Franklin Le Van. *O Pensamento Europeu Moderno*, Vol. I, Lisboa, Edições 70, 1990.

DUMONT, Louis. *O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, Rio de Janeiro, Rocco, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 2004.

KANT, Emanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*, Lisboa, Edições 70, 1988.

LIPOVETSKY, Gilles. *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2002.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre Governo*, São Paulo, Abril Cultural, 1973.

POLANYI, Karl. *A grande transformação. As origens da nossa época*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Campus, 1964.

SOUZA, Jessé. OËLZE, Berthold. (organizadores). *Simmel e a Modernidade*, Brasília, Editora da UNB, 1998.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

TOUCHARD, Jean. *História das idéias políticas*, Vol. III, Lisboa, Europa-América, 1959.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.